



Concepto 014541 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000014541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000014541

Fecha: 11/01/2024 04:05:25 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción. EMPLEO. Provisión de vacancia temporal. RAD. 20232061033562 del 22 de noviembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual plantea dos interrogantes relacionados con la posibilidad de que servidor público de carrera administrativa desempeñe cargo de libre nombramiento y remoción sin perder sus derechos de carrera y la forma de proveer un cargo en vacancia temporal, me permito dar respuesta en los siguientes términos a cada uno de sus interrogantes:

"1. ¿Qué procedimiento debo hacer para conservar mis derechos de carrera y a partir de cuándo?"

Es importante indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a manera de orientación, se le indicará la normativa aplicable a su inquietud con el objeto que el consultante adopte las decisiones respectivas sobre el tema.

En primer lugar, se debe hacer alusión a Ley 909 de 2004² que frente a la Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria."

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015³, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.10.29 Comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción. Cuando un empleado de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período, tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue, mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera.

En el acto administrativo mediante el cual se confiera la comisión, deberá señalarse el término de la misma a cuyo vencimiento el empleado debe reintegrarse al cargo de carrera o presentar renuncia a éste. De no cumplirse lo anterior, el jefe de la entidad declarará la vacancia del empleo y procederá a proveerlo en forma definitiva, teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente Decreto.

Es facultativo del jefe de la entidad otorgar comisión a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período cuando su última calificación de servicios haya sido satisfactoria sin alcanzar el nivel sobresaliente.

Igualmente, es facultativo del jefe de la entidad otorgar prórroga de la comisión concedida a empleados de carrera para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período.

Cuando la comisión y sus prórrogas para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción o de período se otorguen para ocupar el mismo empleo, la suma de éstas no podrá superar los seis (6) años, so pena de que el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

El jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces informará sobre éstas novedades a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

De acuerdo con las normas transcritas, la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción tiene como beneficiarios únicamente a los empleados de carrera administrativa, para efectos de que los mismos conserven sus derechos de carrera en el empleo del cual son titulares, por el tiempo en que se desempeñan en un empleo de libre nombramiento y remoción o de período para el cual hayan sido nombrados.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-175 de 2007, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, expresó:

“4.1.3. El legislador y las causales de retiro de la carrera administrativa

(...), el Congreso de República podía establecer que el empleado de carrera administrativa se expone a ser desvinculado del cargo de carrera siempre que la comisión o la suma de ellas exceda el término de seis (6) años. Así pues, la previsión legal de esta causal tiene sustento constitucional y, por este aspecto, no se avizoran motivos de contradicción con los contenidos del artículo 125 de la Constitución.

(...)

4.2.1. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004

(...). Tal como ha quedado apuntado, en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 se prevé que cuando la comisión o la suma de comisiones para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción sobrepase el término de seis (6) años, el empleado de carrera administrativa podrá ser desvinculado, "en forma automática", del cargo que le corresponda en la carrera.

Como lo hizo la Corte en otra oportunidad, cabe preguntar ahora en cuáles hipótesis y bajo qué condiciones se le confiere comisión a un empleado de carrera administrativa para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. A fin de responder a este interrogante, es de interés puntualizar que también las situaciones administrativas están determinadas por el criterio del mérito y que, de conformidad con el propio artículo 26, ahora examinado, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente le asiste el derecho a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en periodos continuos o discontinuos, con la posibilidad de prórroga por un término igual, para que ejerza el cargo de libre nombramiento y remoción que le haya sido discernido en razón de nombramiento o de elección, mientras que, cuando el empleado de carrera haya obtenido una evaluación de desempeño satisfactoria, la respectiva entidad le "podrá" otorgar la comisión por los mismos tres (3) años y con idéntica prórroga.

(...).

Conforme a la regulación vigente, plasmada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, al finalizar el término de la comisión, el de su prórroga, o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado de él antes del vencimiento del término de la comisión, "deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera".

Es en el contexto brevemente descrito en el cual ha de entenderse la causal de retiro de la carrera administrativa cuya constitucionalidad controvierten los actores en esta oportunidad y que conduce a la declaratoria de vacancia del cargo, dado que el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 también señala que, al no reintegrarse el servidor público al empleo de carrera cuando expira el término de la comisión o el de su prórroga, "la entidad declarará la vacancia de éste y lo proveerá en forma definitiva".

(...)

4.2.2.1.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el procedimiento para su aplicación (...)

A fin de examinar este aspecto, no se puede perder de vista que, según el artículo estudiado, cuando al finalizar el tiempo de la comisión o de su prórroga el empleado no retorne voluntariamente al empleo de carrera, la entidad declarará la vacancia. En torno a la potestad de la Administración de declarar la vacancia en el empleo por abandono del mismo, la Corte expuso consideraciones que ahora resultan perfectamente aplicables.

(...)

Y es que el comentado carácter automático consiste, básicamente, en que es suficiente verificar el transcurso de los seis años exigidos y el hecho de que el empleado no haya retornado a su cargo de carrera para que se activen los mecanismos dirigidos a declarar la vacancia y se proceda a disponer el retiro, mas no implica la pretermisión del acto administrativo pertinente o de la actuación anterior a su expedición, ni de la comunicación del inicio de esa actuación al empleado, ni de la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, por ejemplo, que no se reúnen las condiciones objetivas que, según la disposición analizada, justifican la declaración de vacancia del cargo y el retiro automático.

4.2.2.1.3. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, el principio de legalidad y la libre voluntad del empleado.

Para cerrar este acápite, restan algunas consideraciones acerca de la alegada violación del principio de legalidad que, en sentir de la Corte, no se presentan, porque el analizado artículo 26 prevé las hipótesis en las cuales tiene lugar el otorgamiento de la comisión, prevé la posibilidad de declarar la vacancia, fija en seis (6) años, continuos o discontinuos, el término máximo durante el cual el empleado de carrera puede desempeñar en comisión empleos de libre nombramiento y remoción y establece la consecuencia que se deriva de la situación administrativa del empleado en comisión, cuando se excede el mencionado término y no se reanuda el cargo de carrera.

Por lo demás, a propósito del debido proceso, es de interés destacar que la libre voluntad del empleado de carrera juega un importante papel tratándose de esta causal de retiro. Sobre el particular ya la Corte ha anotado que cuando el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, pese a no mediar la comisión respectiva, "acepta las consecuencias de su decisión" y, dentro de ellas, "la pérdida de los derechos de carrera"²⁸, a lo cual cabe agregar que lo propio acontece cuando finaliza el término de seis (6) años en comisión y el empleado no asume su cargo de carrera, ya que conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no se reintegra, es factible entender que su decisión voluntaria es, precisamente, la de no reintegrarse y la de asumir las consecuencias de esa decisión, cosa que ha de entenderse, sin perjuicio de que, en garantía de su derecho al debido proceso, se le comunique la iniciación de las actuaciones orientadas a declarar vacante el cargo y a producir el retiro, a fin de que, según lo apuntado, tenga la oportunidad de controvertir las razones alegadas por entidad, que no pueden ser otras que la superación del lapso indicado en la ley y la circunstancia de no haber asumido su cargo de carrera.

La Corte no encuentra, entonces, motivos de inconstitucionalidad en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, por lo que hace a los cargos fundados en la presunta violación del derecho al debido proceso.

4.2.2.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el derecho a la estabilidad laboral del empleado de carrera

(...)

(...)³⁰, tal como sucede tratándose de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, que está inspirada en propósitos de interés general que consisten en la necesidad de darle continuidad al servicio evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él.

La razonabilidad de esta causal a la luz del derecho a la estabilidad resulta nítida si se tiene en cuenta que el término de seis años, al cabo de los cuales se le exige al empleado asumir su cargo de carrera, constituye una parte considerable de la vida laboral de una persona y es lógico, entonces, que si la carrera prevalece se busque asegurar que la mayor parte de ese desempeño se cumpla en el cargo que corresponda a este régimen y que, además, no se prolongue una situación de provisionalidad hasta el punto de hacer de la carrera un sistema excepcional, en forma contraria a sus principios y fines constitucionales.

No desconoce la Corte que el disfrute de una comisión corresponde a un derecho que el empleado obtiene en virtud de la calificación de su desempeño, pero es menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y, en criterio de la Corte, las condiciones establecidas en el examinado artículo 26 son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo. (...)" (Subrayado fuera de texto)

Es así como la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, deja claramente establecido que el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad

estatal, inspirada en propósitos de interés general, evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él; aspecto que conlleva a que sea menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y por tal razón, considera que las condiciones establecidas en dicha norma son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo.

El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2809 de 2010, estableció que a los servidores públicos se les podían conceder nuevas comisiones para desempeñar otros cargos de libre nombramiento y remoción o de período en los que fueran nombrados.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, en Sentencia del 15 de mayo de 2014, declaró la nulidad del aparte del artículo 1 del citado Decreto 2809 de 2010, que modificó el artículo 43 del Decreto 1227 de 2005, y que permitía que una vez superado el término de seis (6) años de estar el empleado de carrera en comisión, se le otorgaran nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período. En dicha sentencia, el Consejo de Estado expresó:

“La Corte Constitucional al analizar la exequibilidad de inciso final del citado artículo 26 de la Ley 909 de 2004, indicó que la ley consagra dos situaciones a favor de los empleados de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de período (8):

Quienes haya obtenido evaluación de desempeño sobresaliente tienen derecho a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, prorrogable por el mismo término, para desempeñar dichos cargos. La concesión de la comisión es obligatoria para el nominador. Quienes hayan obtenido evaluación del desempeño satisfactoria, tienen la posibilidad de que se le otorgue la comisión en las mismas condiciones antes mencionadas. En este caso la concesión de la comisión es una mera expectativa, pues depende de la discrecionalidad del nominador.

Es decir, que quienes han logrado ingresar a la carrera administrativa en razón de sus méritos, pueden solicitar que se les otorgue comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, para lo cual el nominador tendrá en cuenta las situaciones antes mencionadas.

En relación con el término de duración de la comisión, en principio se puede solicitarla hasta por tres (3) años, prorrogable por el mismo término, es decir que no puede ser superior a seis (6) años. Una vez finalizado este término, el servidor debe reintegrarse a su empleo so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática (9).

Así las cosas, al confrontar el Decreto 2809 de 2010, con las normas citadas como vulneradas, la Sala observa que la disposición demandada establece los mismo requisitos que la Ley 909 de 2004 para la solicitud de la Comisión, establece el mismo término de duración, y coincide en la desvinculación automática por no reintegrarse al cargo, es decir, en estos aspectos el Decreto 2809 de 2010 no contraría normas superiores.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el penúltimo párrafo del artículo 1° del Decreto 2809 de 2010, (...).

Sin embargo, y como se mencionó anteriormente, la Ley 909 de 2004, artículo 26, establece que “En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática”. Es decir que la norma no contempló excepciones para otorgar nuevas comisiones una vez finalizados los seis años.

La comisión busca atender la solicitud de un funcionario al que por sus méritos y calificaciones le asiste el derecho a desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción por un tiempo determinado, pero al que le impone el deber de reintegrarse a su empleo de carrera una vez terminada la comisión so pena de la desvinculación automática.

Permitir comisiones por un término superior a los seis años, y sin límite de tiempo, contraría el querer del legislador, pues se debe acudir a suplir el cargo con otro tipo de nombramiento y la esencia de la carrera administrativa es que la función pública se preste con los mejores y más capaces funcionarios en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.

La regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, no solo por los méritos de quienes aspiran, sino además por la vocación de permanencia de quienes ingresan, situación que beneficia a la Entidad al contar con personal altamente calificado y conocedor de la Institución.

En las anteriores condiciones, al establecer el Decreto 2809 de 2010 la posibilidad de conceder nuevas comisiones para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período una vez vencido el término máximo de los seis (6) años, excede la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República”.

Por consiguiente, el empleado público de carrera administrativa únicamente puede estar en comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, por el término de seis (6) años, sean estos continuos o discontinuos, en el mismo empleo o en diferentes empleos, por lo que una vez finaliza dicho término el empleado podrá

permanecer en el empleo de libre nombramiento y remoción, renunciando al cargo de carrera de que es titular o retornar a este, con el fin de preservar los derechos inherentes a la carrera administrativa.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, un empleado con derechos de carrera administrativa puede desempeñar en comisión un empleo de libre nombramiento y remoción por el término máximo de 6 años durante todo el tiempo de su vinculación laboral, siempre y cuando cumpla con las condiciones señaladas en el Decreto 1083 de 2015.

¿Teniendo en cuenta que en la personería municipal donde laboro, la planta de personal solo consta del personero y mi cargo como auxiliar administrativa, al quedar Vacancia temporal en el cargo del cual ostento carrera administrativa, ¿cómo debe suplir ese cargo el personero municipal?

Respecto de la provisión de empleos en vacancia temporal, Ley 909 de 2004 señala:

“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

En el mismo sentido, el Decreto 1083 de 2015 estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:

(...)

Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.

(...)”

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales.

(...)

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.”

Conforme a la normatividad anteriormente descrita, el empleo de carrera administrativa que se encuentra en vacancia temporal deberá ser provisto mediante encargo con empleados de carrera. De no ser esto posible, la norma indica que la vacante podrá ser provista mediante nombramiento provisional.

Ahora bien, el procedimiento para efectuar un encargo se encuentra definido en el artículo 24 Ley 909 de 2004 que, al respecto, estipuló:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

(...)”

De la norma citada se desprende que, en caso de no existir empleados de carrera que puedan ser encargados, la vacante podrá ser proveerse mediante la figura de un nombramiento provisional.

Así mismo, el referido Decreto 1083 de 2015 puntualizó:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales.

(...)

PARÁGRAFO. Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.”

De acuerdo con lo anterior, en caso de vacancia temporal en un cargo de carrera, el encargo se efectuará por el tiempo que dure la vacancia.

Así las cosas y, para dar respuesta puntual a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que, como lo puntualiza la norma, la provisión temporal de un cargo de carrera administrativa se debe hacer por medio de encargo con un empleado de carrera administrativa. Sin embargo, si no existe un funcionario de carrera en la planta de personal de la entidad que cumpla con los requisitos para asumir el encargo, este podrá hacerse, como lo estipula la norma, mediante un nombramiento provisional.

Me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

3Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 17:11:22